



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado Ponente

AEP 00054 - 2019

Radicación núm. 51341

Aprobado mediante Acta No. 036

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de apertura de incidente de reparación integral elevada dentro del término legal, por el apoderado de la Contraloría General de la República, en calidad de víctima, en los términos de los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, en este proceso que por el punible de concierto para delinquir

agravado se condenó a ALEJANDRO JOSÉ LYONS MUSKUS, ex-Gobernador del departamento de Córdoba.

ANTECEDENTES

El 3 de octubre de 2017, la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004, celebró un preacuerdo con el imputado ALEJANDRO JOSÉ LYONS MUSKUS en el que acepta declararse penalmente responsable del punible de concierto para delinquir, en los términos del inciso primero del artículo 340 del Código Penal, cometido bajo las circunstancias de mayor punibilidad (Núm. 1 y 9 del art. 58 *ibidem*) y de menor punibilidad (Núm. 1 del art. 55 *ibidem*).

Sobre el reintegro del incremento patrimonial producto del delito a que hace referencia el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, dejó constancia la Fiscalía en el acta del preacuerdo, que el imputado no incrementó su patrimonio por razón del punible objeto del mismo, y que si bien, en los delitos restantes imputados, sí pudo existir incremento patrimonial *“estos se encuentran cobijados por un principio de oportunidad concedido por el Fiscal General de la Nación, en la modalidad de suspensión del ejercicio de la acción penal sujeto a la colaboración con la justicia que el señor LYONS MUSKUS se encuentra efectivamente prestando y allí se velará por la reparación a las víctimas, lo cual quedó establecido en ese trámite”* (Se subraya).

El 20 de febrero de 2018, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se llevó a cabo diligencia de audiencia de verificación de preacuerdo e individualización de pena en la que con el ajuste de un (1) mes y un (1) día adicionales a la sanción acordada, se impartió aprobación al preacuerdo.

Tanto el apoderado del departamento de Córdoba como el de la Contraloría General de la República, previamente reconocidos como víctimas en la referida audiencia, "*adhirieron*" al acuerdo.

Mediante sentencia del 21 de marzo de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, atendiendo el preacuerdo aprobado, profirió sentencia condenatoria en contra del ex-Gobernador ALEJANDRO JOSÉ LYONS MUSKUSUS como autor del delito de concierto para delinquir agravado, imponiéndole la pena principal de 5 años y 3 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones pública por igual lapso.

Además, le fueron negados los beneficios de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la prisión intramural.

La sentencia fue comunicada a los intervinientes en diligencia de audiencia de lectura de fallo celebrada el día 6 de abril de 2018, fecha en la que cobró ejecutoria.

En esta última diligencia, obraron en calidad de víctimas a través de apoderado, el departamento de Córdoba y la Contraloría General de la República.

El día 2 de mayo de 2018, el apoderado de la Contraloría General de la República, allegó escrito ante la Secretaría de la Sala de Casación Penal, en el que expresa *“promover incidente de reparación integral (...) dentro del proceso penal por medio del cual se declaró penalmente responsable del delito de concierto para delinquir al ex-Gobernador de Córdoba ALEJANDRO LYONS MUSKUS”*.

Por providencia del 31 de julio de 2018, el Despacho del Magistrado Ponente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, invocando el Acto Legislativo 01 de 2018, dispuso remitir el expediente a esta Sala Especial de Primera Instancia para que asuma su conocimiento y continúe con el trámite correspondiente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2018 y el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, es competente la Sala para pronunciarse sobre la procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral petitionado por el apoderado de la Contraloría General de la República en calidad de víctima.

Lyon

Sobre la naturaleza jurídica del incidente de reparación la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema¹ ha sostenido:

“Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito —reparación en sentido lato— y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional:

(...)

El procedimiento incidental que prevé la Ley 906 de 2004 a partir de su artículo 102 debe tener como propósito definir la ocurrencia del daño y su estimación pecuniaria, mas no su fuente, por cuanto en la sentencia ya se declaró la comisión del delito y la responsabilidad en cabeza del procesado, quien a su vez ostenta la condición de demandando en el incidente, puesto que la propia ley sustancial impone al penalmente responsable la obligación de indemnizar.

(...)

El Código de Procedimiento Penal trae algunas normas básicas para reglamentar el incidente en los artículos 102 a 108, quedando múltiples vacíos sobre aspectos inherentes a su trámite, los cuales deben llenarse acudiendo en lo pertinente y de manera subsidiaria a la legislación procesal civil, en aplicación del principio de integración.

Así lo ha concluido la Corte²:

Esa ostensible separación de objetos también conlleva la distinción de trámites, al punto que se consagra en la Ley 906 de 2004, la forma incidental para el cobro de perjuicios, destinando un capítulo para su regulación, en el cual, cabe anotar, sólo se establecen pautas generales, para efectos de que sea la normativa especial, digase el procedimiento civil, la que cubra los vacíos, o mejor, de forma general regule el asunto propio de su naturaleza.

(...)

¹ CSJ. SP. Rad. 44746 de 14 de junio de 2017.

² CSJ SP, 13 abr. 2011, rad. 34145.

Ahora bien, el Estatuto Procedimental Penal, artículo 103, en relación con la primera audiencia del proceso reparatorio, indica que la misma tiene por objeto que el afectado formule oralmente la pretensión indemnizatoria, enunciando las pruebas en que se sustenta. Por su parte, el juez debe estudiar la petición, determinando si quien la promueve es víctima o perjudicado, **además constatar que aún no se hubiere reparado el daño, pues en caso contrario deberá rechazar la pretensión, decisión pasible de los recursos ordinarios.** (Negrillas fuera de texto).

(...)

En esa medida, una vez establecido que el incidentante ostenta la calidad de perjudicado y que no ha sido indemnizado, el juez debe aceptar su pretensión, poniéndola en conocimiento del penalmente responsable, ofreciéndoles la posibilidad de conciliar". (Resaltado original)

Por su parte, la Corte Constitucional³, en referencia a la naturaleza jurídica del incidente de reparación, ha sostenido:

"3.2.4. La reparación integral como género y la indemnización pecuniaria como especie.

45. En ejercicio del poder de configuración legislativa analizado en el acápite anterior, el Legislador ha establecido como elementos que integran el concepto de reparación integral, no sólo la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil reconocida como consecuencia del daño causado por el delito, reparación en sentido lato, sino cualesquiera otras expresiones que contengan la verdad y la justicia, así como las actuaciones que de modo razonable reclame la víctima del sujeto penalmente responsable, en cuanto forma de cubrir el perjuicio moral y material que ha sufrido. En este sentido recuerda la Corte que la noción de reparación civil es independiente al proceso en el cual se obtenga (art. 16 de la Ley 446 de 1998), razón por la cual los criterios que se apliquen deben ser homogéneos.

Muchas son las formas que puede adoptar la reparación integral, pues ello dependerá de la voluntad razonada de la víctima o de quien reclame por ella, pero en todo caso incluirá tres elementos esenciales.

En la sentencia C-282 (sic) de 2002, se dijo a ese respecto que "la protección que la Carta de 1991 reconoce a las víctimas no se refiere exclusivamente a la reparación de los daños que les ocasione el delito -

³ Corte Constitucional sentencia C-409 de 2009

aspecto tradicionalmente considerado⁴, sino también a la protección integral de sus derechos a la verdad⁵ y a la justicia⁶.

(...)

'De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria'.⁷

Acerca de la intervención de la Contraloría General de la República en calidad de víctima dentro del proceso penal, se precisa recordar que su función constitucional, como ente de carácter eminentemente técnico, está orientada al ejercicio del control fiscal mediante la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos públicos, es decir, su existencia jurídica se justifica por la vigilancia de la gestión fiscal y todo lo afín al manejo del erario, pudiéndose concluir, conforme al núm. 8 del artículo 268⁸ constitucional que su interés dentro del proceso penal radica esencialmente en la promoción de la defensa del patrimonio público y por tanto su intervención en él está limitada legalmente por el artículo 137 de la Ley 600 de 2000 —que tiene origen remoto en el artículo 36 de la Ley 190 de 1995— a los procesos por delitos contra la administración pública, cuando lo estimen necesario *"en orden a la transparencia de la pretensión"*.

⁴ Vid también sentencias C- 228 de 2002 y C-899 de 2003.

⁵ Explicaba la sentencia en cita: "El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos (Ver, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia)".

⁶ "El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad". Ver, entre otras las sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001 y C-228 de 2002.

⁷ Vid. Sentencia C-916 de 2002.

⁸ Art. 268-8. "El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: (...) 8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicios a los intereses patrimoniales del Estado (...)"

Esta apreciación tiene sustento en lo plasmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2002, al referirse a la justificación constitucional de la existencia de la Contraloría, y específicamente en cuanto a su intervención dentro del proceso penal en orden a la recuperación del patrimonio público como su "principal interés" dentro del mismo.

Así se expresó la Corte:

"En los delitos contra la administración pública, el desplazamiento de la parte civil por la Contraloría General de la Nación constituye una violación de su derecho a la igualdad en el acceso a la justicia"

El inciso 2 del artículo 137 CPP establece que en los delitos contra la administración pública, la parte civil la constituye en principio la persona jurídica de derecho público perjudicada, a través de su representante legal. Sin embargo, cuando el sindicado es el mismo representante de dicha entidad, la Contraloría desplaza a la persona jurídica como parte civil cuando lo estime necesario en aras de la transparencia de la pretensión. Encuentra la Corte que desplazar o excluir a la parte civil del proceso penal en los delitos contra la administración pública, afecta gravemente su derecho de acceso a la justicia, como quiera que la presencia de la Contraloría General de la República o de las contralorías territoriales dentro del proceso penal, no garantiza sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

En efecto, el artículo 267 de la Carta establece que la finalidad constitucional de la Contraloría es la de realizar el control de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, para lo cual puede incluso promover procesos penales (artículo 268, numeral 8, CP). Sin embargo, si bien la Contraloría tiene un interés en la recuperación del patrimonio público, ese interés no es excluyente ni exclusivo, sino principal, y puede concurrir con el interés que tiene la entidad perjudicada en la recuperación del patrimonio perdido, habida cuenta de que las entidades son las responsables directas de la gestión fiscal y, por ende, también tienen interés en la reparación pecuniaria.

Adicionalmente, la entidad perjudicada puede estar interesada no sólo en la recuperación del patrimonio público, sino, por ejemplo, también tener interés en esclarecer con detalle los hechos para, luego, examinar los factores internos, de diverso orden, que contribuyeron a la realización del hecho punible. Por ello, encuentra la Corte que el desplazamiento o exclusión por la Contraloría, de la entidad pública perjudicada, vulnera sus derechos a acceder a la justicia (artículo 229, CP) y le impide el goce efectivo de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica”.

Quedó así claro que, como se infiere de su justificación constitucional, la principal razón de ser de la intervención de la Contraloría dentro del proceso penal es procurar la restitución del patrimonio público afectado, esto es, la reparación económica originada en el daño causado por la comisión de delitos.

Dentro de este contexto, en relación con la solicitud de la Contraloría de promover incidente de reparación, atendidos los criterios jurisprudenciales y legales expuestos acerca de la naturaleza jurídica y fines del incidente de reparación, además de las circunstancias concretas que rodean este particular asunto, el Despacho desde ya expresa que se abstendrá de iniciar el trámite petitionado, por estimar que no es procedente, por las siguientes razones:

1.- El delito de concierto para delinquir agravado por el que se condenó al ex-Gobernador de Córdoba es de peligro abstracto –es decir, no es necesaria la verificación de un daño material– cuyo bien jurídico objeto de tutela es la seguridad pública, no la administración pública.

2.- El preacuerdo no contempló la reparación de perjuicios como condición de éste y, por el contrario, se

plasmó con claridad en su texto que por razón del delito de concierto para delinquir no hubo incremento patrimonial por parte del imputado, es decir, no hubo daño de esa índole y, además, que en el curso del trámite del principio de oportunidad respecto de los punibles distintos del concierto para delinquir es donde se velará por la reparación de las víctimas *"lo cual quedó establecido en ese trámite"*.

Adicionalmente, esta misma condición fue puesta de presente, tanto por el ente investigador como por la Corte en el curso de la aprobación del preacuerdo y de la sentencia, y no fue objetada por el apoderado del Departamento, ni por el entonces representante judicial de la Contraloría General de la República. Por el contrario, ambos dieron su aprobación adhiriendo al preacuerdo en el momento en que la Corte les corrió traslado luego de impartirle aprobación al mismo.

3.- Si como viene de verse la Contraloría General de la República tiene como función constitucional ejercer el control fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación⁹, y específicamente, dentro del proceso penal, en las actuaciones seguidas por delitos contra la administración pública, debe asumir, en todo caso, la constitución de parte civil cuando lo estime necesario *"en orden a la transparencia de la pretensión"*¹⁰, carece entonces de interés la Contraloría para promover el incidente de reparación por falta de objeto.

⁹ Art. 267 Constitución Política.

¹⁰ Art. 137 Ley 600 de 2000.

De lo primero dan cuenta la naturaleza jurídica y estructura dogmática del concierto para delinquir, en cuanto se trata de un delito cuyo interés jurídico objeto de tutela es la seguridad pública –no la administración pública–, es un delito de peligro abstracto que trasciende la órbita individual de protección y por tanto su titular es la sociedad o conglomerado social.

“Esos bienes jurídicos que no se pueden considerar atomizadamente sino integrados al Orden Social y que trascienden la esfera individual de afectación para inscribirse en la protección de valores conglobantes que apuntan a la dignidad de la persona, adquiere connotación especial en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales¹¹ que soportan la estructura ontológica del delito de Concierto para Delinquir, en los que el desvalor de la conducta cobra su significado preciso adscribiendo el tipo penal al campo de los delitos que la doctrina acuña como de mera conducta y de peligro abstracto, en los que no se exige un resultado físico material¹² y se presume la posibilidad de daño para el bien jurídico tutelado, aunque tal presunción no implique abandonar el juicio de antijuridicidad material o lesividad (...)”¹³

De la segunda razón dan cuenta el acta del preacuerdo¹⁴ y la diligencia de audiencia de verificación del preacuerdo e individualización de pena¹⁵, además de la sentencia proferida

¹¹ Se ha estimado por la doctrina que los bienes jurídicos colectivos tienen una titularidad supraindividual, la cual puede ser entendida de manera positiva como “una titularidad compartida por el conjunto de la sociedad” o de forma negativa por su característica de “no ser detentados individualmente.

¹² Hecho que no traduce la inexistencia de un desvalor de resultado, en cuanto el resultado natural no es el único ni el esencial parámetro del que deducir el juicio normativo relativo a la nocividad sobre el bien jurídico.

¹³ CSJ. SP. Rad. 30097 de 8 de junio de 2011.

¹⁴ Cfr. Acta de Preacuerdo suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el imputado ALEJANDRO JOSÉ LYONS MUSKUS del 3 de octubre, a folio 8 del c. original 1 de la Corte.

¹⁵ Acta de diligencia de audiencia de verificación de preacuerdo e individualización de pena, a folio 121 *ibidem*.

en contra de LYONS MUSKUS, por virtud del preacuerdo referido, en la que la Sala de Casación Penal, sobre el asunto de la reparación de perjuicios, señaló:

*“En respuesta a la principal inconformidad planteada por la Contraloría General de la República y por el apoderado de la Gobernación de Córdoba, relativa a que el daño generado con el comportamiento del acusado no es compatible con los compromisos que adquirió para reparar el daño, es pertinente aclarar que el restablecimiento del derecho en torno a la apropiación de los recursos en los términos atribuidos en la audiencia de formulación de imputación, está teniendo lugar en otro trámite al generarse la ruptura de la unidad procesal cuando el ente persecutor en ejercicio de sus facultades constitucionales, optó por aplicar el principio de oportunidad frente a los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Motivo por el que es en aquel trámite en el que deben postularse las inconformidades en torno a la reparación de los perjuicios y la devolución al Estado de los recursos apropiados”¹⁶
(Se subraya)*

Si como se infiere de lo manifestado por la Sala de Casación Penal de la Corte, *“el procedimiento incidental que prevé la Ley 906 de 2004 a partir de su artículo 102 debe tener como propósito definir la ocurrencia del daño y su estimación pecuniaria”*, refulge claro que si en este preacuerdo pactado respecto del punible de concierto para delinquir fueron excluidos los perjuicios, no solo porque *“LYONS MUSKUS no incrementó su patrimonio como consecuencia de la conducta”*, sino porque los delitos imputados en los que sí pudo haber incremento patrimonial, son materia de negociación en el trámite de aplicación del principio de oportunidad, y la Contraloría General de la República en su condición de víctima no se opuso a ello, mal puede darse inicio ahora a un trámite incidental de reparación integral cuando no existió evidencia de perjuicios económicos, los que por demás, si es que hubieren existido, fueron exceptuados de la negociación

¹⁶ CSJ. SP. Rad. 51341 de 21 de marzo de 2018.

de este preacuerdo, por lo mismo queda despojada de interés para intentar ahora el trámite incidental que propone.

Sobre esto mismo, además, conviene traer a colación lo plasmado en el Acta de Diligencia de Audiencia de Verificación de Preacuerdo e Individualización de Pena, celebrada el 20 de febrero de 2018 ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, frente a la preocupación mostrada por el apoderado del Departamento en cuanto al restablecimiento del derecho y reparación de perjuicios:

“El señor Magistrado recuerda a las partes e intervinientes, que esta audiencia concierne únicamente al delito de concierto para delinquir agravado. Respecto de las otras conductas punitivas que se le han imputado al señor Lyons Muskus, la Fiscalía impulsa otra actuación por separado en la que sí puede afirmarse la causación de un daño a los intereses del departamento de Córdoba, por la pérdida de dineros públicos. Por lo tanto es en el contexto de la actuación que cursa por los delitos de peculado y celebración indebida de contratos, donde el apoderado del ente territorial podrá expresar ese tipo de alegaciones, en procura de demostrar los argumentos que aquí ha expuesto, pero que no viene al caso en esta diligencia” ¹⁷ (Se destaca)

Puede concluirse entonces que los perjuicios patrimoniales derivados de la comisión de los delitos imputados al ex-Gobernador LYONS MUSKUS fueron excluidos del preacuerdo celebrado entre éste y la Fiscalía General de la Nación respecto del punible de concierto para delinquir agravado por el que finalmente fue condenado en este proceso, preacuerdo que no fue objetado o cuestionado por los respectivos apoderados de la víctima.

¹⁷ Acta citada c. o. núm. 1. Pág. 122.

En cuanto a la tercera razón, esta es, la carencia de interés de la Contraloría por falta de objeto, para promover el incidente es menester traer nuevamente a colación lo expresado por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-228 de 2002 acerca de la función constitucional de la Contraloría en general, y específicamente dentro del proceso penal.

Si la función constitucional de la Contraloría conforme al citado artículo 267 es el control fiscal, o lo que es lo mismo, la vigilancia de la gestión fiscal entendida ésta como el buen manejo de los recursos públicos, y dentro del proceso penal – respecto de delitos contra la administración pública–, su función, a voces del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, es la de intervenir *“en orden a la transparencia de la pretensión”*, debe asumirse que en esta oportunidad la Contraloría carece de interés para promover el incidente por falta de objeto, no solamente porque nos enfrentamos a un delito de concierto para delinquir cuyo objeto de tutela es el bien jurídico de la seguridad pública –y no de la administración pública–, sino porque, como reza el preacuerdo, el asunto atinente a la reparación de perjuicios por los delitos de peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos, simultáneamente imputados a LYONS MUSKUS, es materia de negociación dentro del principio de oportunidad que se tramita por la Fiscalía en favor del condenado.

Como corolario, la Sala no accederá a la apertura del incidente de reparación propuesto por el apoderado de la Contraloría General de la República en condición de víctima, y en consecuencia, encontrándose en firme la sentencia

impuesta al ex-Gobernador ALEJANDRO JOSÉ LYONS MUSKUS, remítase el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá para lo de su competencia.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,**

RESUELVE

PRIMERO.- NO ACCEDER a tramitar el incidente de reparación integral propuesto por la Contraloría General de la República, por las razones señaladas.

SEGUNDO.- En consecuencia, encontrándose en firme la sentencia impuesta al ex-Gobernador ALEJANDRO JOSÉ LYONS MUSKUS, remítase el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá para lo de su competencia.

Contra esta decisión proceden los recursos de reposición y apelación.

Notifíquese y cúmplase.


RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario